

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

CARLOS ROBERTO MENDES DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: UM ESTUDO DO
HABEAS CORPUS nº 82.424 / RS**

CRICIÚMA

2017

CARLOS ROBERTO MENDES DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: UM ESTUDO DO
HABEAS CORPUS nº 82.424 / RS**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado
para obtenção do grau de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense – UNESC.

Orientador: Prof. Mestre Victor Cavallini

CRICIÚMA

2017

CARLOS ROBERTO MENDES DE ANDRADE

**LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO: UM ESTUDO DO
HABEAS CORPUS nº 82.424 / RS**

Trabalho de Conclusão do Curso, aprovado pela Banca Examinadora para a obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de pesquisa dedutiva, em pesquisa teórica e qualitativa, sendo objeto de estudo, um caso judicial, processo nº 82.424-2/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2003.

Criciúma, 21 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Victor Cavallini - Mestre em Direito – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Prof. Lucas Fagundes - Machado Doutor em Direito – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Prof(a). Débora Ferrazzo - Mestra em Direito – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

**Dedico esta monografia a minha mãe
Albanir Maria Mendes, uma mulher guerreira
e amorosa, que sempre me incentivou e me
apoiou em minhas escolhas.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, o professor Victor Cavallini, que com sua paciência e dedicação, me incentivou, e me auxiliou, para a realização da presente monografia.

“Ser pela liberdade não é apenas tirar as correntes de alguém, mas viver de forma que respeite e melhore a liberdade dos outros”.

Nelson Mandela

RESUMO

A presente monografia pretende refletir sobre a seguinte problemática: A liberdade de expressão admite o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo aos ofendidos? Buscando com isso entender qual a relevância da liberdade de expressão para a sociedade, e se há algum limite para esse direito, e, também, buscar compreender o que seria o discurso do ódio e se o mesmo pode ser impedido. Para isso utilizou-se o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, sendo objeto de estudo, um caso judicial, processo nº 82.424-2/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2003. Com isso podemos concluir que discurso do ódio, é uma forma de materialização da liberdade de expressão. Sendo a liberdade de expressão um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal, não pode essa liberdade ser reprimida. Com isso, o discurso do ódio também não pode ser impedido, mas sofrerá sanções previstas em lei, pois só se tem discurso do ódio após sua manifestação, se valendo para isto, da liberdade de expressão.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Discurso do Ódio; Dignidade da Pessoa Humana; Responsabilidade Civil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO	11
2.1 CONCEITO DE LIBERDADE DO PENSAMENTO LIBERAL	11
2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO	13
2.3 APLICABILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO	16
3 O DISCURSO DO ÓDIO	21
3.1 CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO	21
3.2 DE QUAL FORMA ENCONTRAMOS E PERCEBEMOS O DISCURSO DO ÓDIO.....	23
3.3 EFEITOS DO DISCURSO DO ÓDIO	26
4 ANÁLISE DO CASO DE HABEAS CORPUS JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nº 82.424-2/RS	29
4.1 NARRATIVA DA TRAJETÓRIA DO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS	29
4.2 ENTENDIMENTO DOS MINISTROS FAVORÁVEIS AO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS	30
4.2.1 Ministro Moreira Alves (Restrição a ideia de racismo)	30
4.2.2 Ministro Carlos Ayres Brito (O gozo do direito)	31
4.2.3 Ministro Marco Aurélio Mello (Redução da democracia)	33
4.3 ENTENDIMENTO DOS MINISTROS NÃO FAVORÁVEIS AO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS	35
4.3.1 Ministro Maurício Corrêa (Não é assegurado o direito a incitação do racismo).....	36
4.3.2 Ministro Celso de Mello (Dignidade da pessoa humana).....	39
4.3.3 Ministro Gilmar Mendes (Liberdade de expressão não tem primazia)	41
4.3.4 Ministro Carlos Veloso (Livros como panfletagem)	42
4.3.5 Ministro Nélson Jobim (A forma de utilização do livro)	43
4.3.6 Ministra Ellen Gracie (Publicação de livros e danos a dignidade)	43
4.3.7 Ministro Cezar Peluso (Racismo não pode ser restrito)	44
4.3.8 Ministro Sepúlveda Pertence (Responsabilização da manifestação do pensamento).....	45
4.4 SOBREPOSIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE RACISMO..	45
5 CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

1 INTRODUÇÃO

Nos tempos atuais, vemos cada vez mais os indivíduos exercitando seu direito de se expressar livremente. As mídias sociais se consolidaram como um importante instrumento para dar vazão às ideias e opiniões. Com senso crítico ou senso comum, opinamos, concordamos ou discordamos. Contudo, as mídias tradicionais continuam exercendo grande influência sobre a sociedade. Jornais impressos ou televisivos, revistas, programas de rádios, são poderosos formadores de opinião.

Tempos atrás, um jornal satírico francês, chamado Charlie Hebdo, publicou em uma de suas capas, a caricatura do Profeta Maomé, um grande líder da religião Islâmica. Sentindo-se ofendidos com as publicações, algumas pessoas adeptas a religião Islâmica, tomadas por um sentimento de vingança, tiraram a vida de outras pessoas pertencentes a este jornal.

Recentemente, um grupo neonazista foi às ruas nos Estados Unidos protestar contra a diversidade multicultural, reivindicando uma sociedade mais branca. Houve confronto com outras pessoas que pensavam diferente, tendo como consequência muitos feridos e três mortos.

No Brasil, na década de 90, o senhor Siegfried Ellwanger, era sócio de uma editora chamada Revisão Editora Ltda., sendo que ele também escrevia livros. Suas obras tinham sempre um conteúdo antissemita, alterando os fatos históricos como o holocausto, ao mesmo tempo em que disseminava ideias racistas.

Uma de suas obras publicadas, por exemplo, tinha como título: “Holocausto, judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”. Devido a estas publicações com contexto antissemita, em 14/11/1991, Siegfried Ellwanger foi denunciado por crime de racismo. Sendo julgado em primeira instância, foi absolvido. Já em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, condenou o autor literário por preconceito e discriminação contra as pessoas judias, com base o artigo 20 da Lei 7.716/1989, que diz: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; Pena: reclusão de um a três anos e multa”, de modo que a pena aplicada pelo Tribunal ao réu foi de dois anos de reclusão.

Sendo assim, foi impetrado Habeas Corpus número 82.424-2/RS junto ao Tribunal Superior de Justiça, mas foi indeferido. Não estando satisfeito, foi impetrado

um outro Habeas Corpus, agora no Supremo Tribunal Federal. O relator do processo foi o Ministro Moreira Alves, e por maioria de votos, contrariando o relator, foi negado o Habeas Corpus. Esse Habeas Corpus é o que passaremos a analisar na presente monografia.

Estes fatos acima relatados, nos levam a seguinte reflexão: A liberdade de expressão admite o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo aos ofendidos?

A presente monografia pretende refletir sobre essa problemática, buscando entender qual a relevância da liberdade de expressão para a sociedade, e se há algum limite para esse direito, e, também, buscar compreender o que seria o discurso do ódio e se o mesmo pode ser impedido. Tendo a monografia como objetivo, analisar o princípio constitucional da liberdade de expressão e sua aplicabilidade, estudar o conceito de liberdade do pensamento liberal e a liberdade de expressão prevista na Constituição Federal de 1988, examinar os discursos do ódio, fazer uma análise sobre o HC, e verificar os limites à liberdade de expressão.

A relevância social da pesquisa está em garantir uma plena vivência da democracia, assegurando os direitos de quem manifesta seus pensamentos, e também de quem é alvo desses pensamentos. Sendo todos, conforme o caput do artigo 5º da Constituição Federal, iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Para se chegar a esta compreensão, será feito um estudo do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS julgado pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2003, precedido de uma discussão teórica sobre o tema através da metodologia de um estudo bibliográfico, sendo aplicado o método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neste capítulo será feita uma reflexão sobre a liberdade de expressão a partir da Revolução Francesa de 1789. Busca-se compreender a liberdade de expressão sob a ótica do pensamento liberal, passando pelos princípios constitucionais surgidos no século XX, e a aplicabilidade do direito à liberdade de expressão.

2.1 CONCEITO DE LIBERDADE DO PENSAMENTO LIBERAL

A liberdade, foi, e sempre será, um anseio do ser humano. Ao longo da história povos entraram em conflito, lutaram, dedicaram suas vidas ao propósito de alcançar a liberdade.

“A liberdade é condição necessária ao pleno desenvolvimento da natureza humana assim como à integridade e dignidade do indivíduo”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 27)

Um marco importante da nossa história é a Revolução Francesa, quando se passou a refletir sobre o cotidiano, as relações entre cada indivíduo, e também o modo de vida da época. Deixando o comodismo, as pessoas passaram a desejar viver de maneira diferente do que as eram apresentadas. As pessoas ansiavam em viver de um modo que elas próprias pensavam, queriam e desejavam, e não de um modo imposto e já pronto. Foi quando muitos se uniram em busca desse sonho, um sonho de liberdade.

Segundo Caio Prado Junior (1980, p. 12), exercendo essa liberdade, cada pessoa poderá livremente celebrar e aceitar acordos com outras pessoas. Sem sofrer nenhuma intervenção por parte do Estado, os indivíduos estão livres para entrar em acordo, aceitar ou discutir condições propostas, e também apresentar as suas, ou até mesmo discordar de tudo e não aceitar nada. Assim se dá a liberdade liberal burguesa.

Para José Afonso da Silva (1998 apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 28), “[...] liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Antes da Revolução Francesa, as liberdades do povo eram limitadas por um poder do Estado, ou seja, essa liberdade era por determinação legal, e

preservava privilégios em detrimento de grande parte da população (PRADO JUNIOR, 1980, p. 9).

O desejo dos revolucionários era justamente se desvencilhar dessa determinação legal, limitada por um poder estatal. As pessoas queriam autodeterminar-se em suas práticas e condutas, se relacionando como julgassem ser o melhor.

A liberdade individual no regime burguês então inaugurado era limitada somente pela liberdade dos outros indivíduos. A única participação do Estado seria, a princípio, para garantir que a liberdade jurídica de uns não se sobrepusesse à dos outros. (PRADO JUNIOR, 1980, p. 10).

“Os direitos individuais são comumente identificados como direitos da liberdade. Trata-se de um conjunto de direitos cuja missão fundamental é assegurar à pessoa uma esfera livre da intervenção da autoridade política ou do Estado”. (BARCELLOS, 2008, p.130).

A liberdade ainda se apresenta das seguintes formas: Liberdade negativa, também chamada de liberdade moderna, que se dá pelo fato de a pessoa não poder ser impedida de realizar seus desejos. A outra liberdade é a positiva, também chamada de liberdade antiga, que consiste em o cidadão autogovernar-se, participando estes, das decisões políticas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 29).

Anos se passaram, e as pessoas foram obtendo cada vez mais conquistas. Um dos frutos dessa luta por liberdade é a liberdade de expressão.

No entender de José Afonso da Silva (1998 apud SILVEIRA, 2007, p. 57), a liberdade de expressão é a “possibilidade de exteriorização do pensamento em seu sentido mais amplo”, ou seja, ... é a possibilidade de um indivíduo expressar seus pensamentos sem sofrer qualquer censura prévia, podendo ser através da arte, música, publicação de livros, ou outro meio que desejar.

Para Celso Ribeiro Bastos (1994 apud SILVEIRA, p. 57),

[...] a liberdade de expressão é aquela de que desfruta o indivíduo de se expressar livremente, sem perturbar, porém, os direitos legítimos dos demais, sendo a liberdade à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação decorrentes da mesma.

A atividade intelectual, artística, científica e de comunicação são compreendidas, portanto, como ramificações da liberdade de expressão, isto é, são

formas pelas quais o indivíduo pode expressar suas ideias, pensamentos e opiniões, denotando-se, por isso mesmo, sua grande importância.

2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão é um princípio fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988 e também nos tratados internacionais. É justo manifestar a liberdade de expressão através da música, livros, teatro, qualquer que seja a manifestação intelectual.

É o que Montesquieu denomina de “liberdade dentro da lei”, ou seja: É preciso ter presente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem. Se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ela já não teria liberdade, pois os outros teriam igualmente esse poder. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 30).

Meyer-Pflug (2009, p. 29) assegura que as leis por si só não são capazes de garantir a liberdade, que é preciso a participação do Estado para estabelecer os limites para o seu exercício.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, por mais que busque garantir e fomentar os direitos fundamentais do homem, como a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, e entre outros direitos, por si só, não pode alcançar o objetivo desejado sem que haja uma participação efetiva dos Estados, incorporando em seus ordenamentos jurídicos tais direitos, e, mais que tudo, zelando por eles. O Brasil, por sua vez, incorporou em seu ordenamento jurídico, os direitos fundamentais do homem, sendo signatário de vários Tratados e convenções que visam garantir a dignidade da pessoa humana.

O princípio constitucional da liberdade de expressão está no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. (BRASIL, 2015).

Diz assim a Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão, aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

A liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todas as pessoas. É, ademais, um requisito indispensável para a própria existência de uma sociedade democrática". (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015)

Em meio a esse florescer da liberdade de expressão, surge em 11 de março de 1994, na cidade do México, a Declaração de Chapultepec, que estabelece:

[...] uma imprensa livre como uma condição fundamental para que as sociedades resolvam os seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam a sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS, 2017).

Essa Declaração de Chapultepec não é um documento de governo, mas o Brasil assumiu o compromisso em 9 de agosto de 1996, quando o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso assinou o documento (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS, 2017).

Conforme Meyer-Pflug (2009, p. 56), Estados Unidos, Argentina, Uruguai, Paraguai, entre outros, também assinaram a Declaração de Chapultepec, que assim diz:

Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. Porque temos consciência dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade, subscrevemos esta declaração com os seguintes princípios:

I. Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.

II. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos.

III. As autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação.

IV. O assassinato, o terrorismo, o sequestro, as pressões, a intimidação, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Esses atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente.

V. A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

VI. Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam.

VII. As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas.

VIII. A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias.

IX. A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga.

X. Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE JORNAIS, 2017, grifo nosso).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, em seus artigos XVII e XIX, dispõe:

Art. XVIII. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Art. XIX. Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 54-55).

No mesmo sentido está a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948, estabelece em seus artigos IV e V:

Art. IV. Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio.

Art. V. Toda pessoa tem direito à proteção de lei contra os ataques abusivos a sua honra, a sua reputação e a sua vida particular e familiar. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 54-55).

O Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos dispôs sobre a liberdade de expressão em seu art. 19, nos seguintes termos:

ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

- a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

(MEYER-PFLUG, 2009, p. 55)

Todos estes artigos constitucionais, e tratados internacionais demonstram que a liberdade de expressão é amplamente garantida. Especialmente no Brasil, todo este ordenamento jurídico focado na proteção a liberdade de expressão tem fundamental relevância, visto que os brasileiros estiveram sob o regime militar. Mas o uso abusivo dessa liberdade, ou seja, quando o exercício da liberdade de expressão afronta de alguma forma a dignidade da pessoa humana, poderá sofrer sanções. Como por exemplo o artigo 20 da Lei 7.716/1989, que diz: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; Pena: reclusão de um a três anos e multa”. A Constituição e os Tratados Internacionais garantem a liberdade de expressão, tanto quanto protegem a dignidade da pessoa humana.

2.3 APLICABILIDADE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No século XX, ocorreram fatos históricos onde regimes autoritários tinham como prática a censura. Somente mais para o final do século passado é que a liberdade de expressão ganhou a dimensão de princípio fundamental.

Nos tempos atuais, a liberdade de expressão é um princípio fundamental dos mais relevantes direitos que o ser humano dispõe, assegurado na Declaração dos Direitos humanos, e presente em muitas Constituições Federais, inclusive a brasileira como visto anteriormente. (MEYER-PFLUG, 2009, p.27)

Somos livres para concordar, discordar e até mesmo pensar coisas novas, mas todas essas coisas, segundo Dworking, devem ser feitas com discernimento.

Podemos dizer: liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas. É a liberdade de usar seus recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima da maneira que lhe aprouver. Assim entendida, porém, sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem de prejudicar alguém

com métodos que você não tem o direito de usar. (DWORKING, 2016, p. 159-160).

Afirma Meyer-Pflug (2009, p. 27-28) que “sem a proteção a liberdade todos os demais direitos perdem muito de sua razão de ser. Está relacionada ao desenvolvimento das potencialidades e dos aspectos fundamentais da personalidade dos homem”.

Barcellos (2008, p. 107) elenca três modalidades de eficácia jurídica que a doutrina reconhece, que são: a interpretativa, a negativa e a vedativa do retrocesso.

Com relação a eficácia interpretativa, Barcellos (2008, p. 107) nos diz:

Em certo contraste do que se passa com as regras, a eficácia interpretativa tem aplicação bastante ampla no caso dos princípios, exatamente em decorrência da indeterminação de seus efeitos (e das condutas necessárias para realizá-los) e da multiplicidade de situações às quais ele poderá aplicar-se ou em relação às quais deverá funcionar como vetor interpretativo. Isso é ainda mais nítido quando se cuida de princípios constitucionais que, ademais dessas características, gozam ainda da superioridade hierárquica própria da Constituição. Como consequência da eficácia interpretativa, cada disposição infraconstitucional, ou mesmo constitucional, deverá ser interpretada de modo a realizar o mais amplamente possível o princípio que rege a matéria, como se viu acima.

Ou seja, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas, de forma que os objetivos pretendidos pelo princípio constitucional sejam alcançados.

Sobre a eficácia negativa, Barcellos (2008, p. 107-108) assim fala:

A eficácia negativa exige mais elaboração quando se trata dos princípios, igualmente por força de seus efeitos indeterminados. Como já referido, essa modalidade de eficácia funciona como uma espécie de barreira de contenção, impedindo que sejam praticados atos, editados comandos ou aplicadas normas que se oponham aos propósitos do princípio. Na realidade, há aqui um ponto em comum com as regras: se é possível identificar algum efeito por ele pretendido.

Devem sempre ser protegidos os anseios do princípio constitucional, evitando-se assim que alguma norma os contrarie diretamente ou mude seu sentido.

Ainda sobre a eficácia jurídica, Barcellos (2008, p. 108) assim nos diz em relação à vedação do retrocesso:

A vedação do retrocesso, por sua vez, desenvolveu-se especialmente tendo em conta os princípios constitucionais e, em particular, aqueles que estabelecem fins materiais relacionados aos direitos fundamentais, para cuja consecução é necessária a edição de disciplina infraconstitucional.

Consciente de que estas disposições infraconstitucionais é que formarão o caminho capaz de levar ao fim pretendido, o propósito da vedação é evitar que o legislador vá tirando as tábuas e destrua o caminho porventura já existente, sem criar qualquer alternativa que conduza ao objetivo em questão.

As referidas modalidades de eficácia jurídica são formas para que se possa impedir que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja violado. (BARCELLOS, 2008, p. 108).

O desenvolvimento teórico do humanismo acabará por redundar em um conjunto de consequências relevantes para o desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder. (BARCELLOS, 2008, p. 123-124).

Refletindo sobre os pensamentos de Kant, para quem o homem seria um fim em si mesmo, e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação, dispondo assim de uma dignidade ontológica, Barcellos (2008, p. 124-125) diz que:

[...] a concepção Kantiana de homem continua a valer como axioma no mundo ocidental, ainda que a ela se tenham agregado novas preocupações, como a tutela coletiva dos interesses individuais e a verificação da existência de condições materiais indispensáveis para o exercício da liberdade.

Foi após regimes como o nazismo e o fascismo que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ter maior relevância, tanto no regime jurídico interno, como também no âmbito internacional, sendo o norteador dos ordenamentos atuais. (BARCELLOS, 2008, p. 126).

De forma bastante simples, é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é: terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles. (BARCELLOS, 2008, p. 128).

Para José Carlos Vieira de Andrade (apud BARCELLOS, 2008, p. 128), “o princípio da dignidade da pessoa humana é a base dos direitos constitucionais, sejam eles liberdades quais forem”.

Meyer-Pflug (2009, p. 27-278) assevera que “sem a proteção a liberdade todos os demais direitos perdem muito de sua razão de ser. Está relacionada ao desenvolvimento das potencialidades e dos aspectos fundamentais da personalidade dos homens”.

Dworkin, refletindo sobre Berlin, assim diz:

Se admitirmos tanto a igualdade quanto a liberdade e entendermos que elas têm essas implicações, então devemos pensar que, a despeito do que uma comunidade política faça ou deixe de fazer, ela estará infringindo suas responsabilidades. Em outras palavras, ela não deve decidir se vai ser injusta com algum grupo, mas qual grupo tratará injustamente. Esse é o tipo de conflito de valores políticos que Berlin tinha em mente: a inevitabilidade não da decepção, mas da mácula moral irreparável. (DWORKIN, 2016, p. 155)

Zisman (2003 apud SILVEIRA, 2007, p. 58) apresenta de forma clara a diversidade de formas em que a liberdade de expressão pode ser encontrada:

[...] através da palavra oral ou escrita - que abrange jornal, circular, brochura, panfleto, cartaz, gravura, revista, livro, entre outros -, seja pela mímica, ou ainda pelos símbolos (sinais convencionais ou qualquer outro representativo de ideias, bandeiras, semáforos, distintivos, desenhos, imagens, composições, sem prejuízo de qualquer outro meio). Não importa também a substância empregada: papel, pergaminho, tela, cartão, madeira, papelão, plástico, tinta etc. (SILVEIRA, 2007, p.58).

Esses meios mencionados acima pelos quais se manifestam a liberdade expressão são muito utilizados pela imprensa. “Essa é formadora de opinião pública, exercendo relevante função social e possibilitando o desenvolvimento da liberdade de escolha dos indivíduos para reforçar o regime democrático” (SILVEIRA, 2007, p. 58).

A liberdade de imprensa é usada de uma forma tão abrangente que exerce uma influência sobre a população, podendo assim determinar e condicionar os comportamentos desta. Afirma Vieira (1998 apud SILVEIRA, 2007, p. 58) que a influência se dá “não apenas pelo que informam, mas pelo que deixam de informar, ditam a opinião de cada ser humano, determinando-lhe as paixões e os ódios”.

Em decorrência dessa influência da imprensa, surgem diferentes pensamentos, inclusive pensamentos em oposição ao que está sendo sugerido ou informado. José Joaquim Gomes Canotilho (2002 apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 31) “entende que o direito de oposição democrática é uma decorrência da garantia da liberdade de expressão”.

A liberdade de se opor a outros pensamentos, além de exercer um controle das ações do Estado, robustece o Estado Democrático de Direito, e torna a sociedade mais madura para gozo de seus direitos.

A liberdade de expressão é amplamente garantida e assegurada aos indivíduos, não sofrendo qualquer impedimento ou censura na origem, mas após o indivíduo exteriorizar seus pensamentos, ideias ou opiniões, poderá sofrer sanções, como já mencionado anteriormente, como as previstas no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que diz: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; Pena: reclusão de um a três anos e multa”, e também no artigo 5º inciso V da Constituição Federal que assim diz: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

A liberdade de expressão é um princípio imprescindível para o fortalecimento da democracia, mas não é um princípio soberano. O princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente após a segunda grande guerra passou a ter grande destaque, sendo também amplamente protegido.

3 O DISCURSO DO ÓDIO

Neste capítulo se buscará compreender o conceito de discurso de ódio, de qual forma podemos encontrar e perceber esse discurso e os efeitos que podem causar. Não é qualquer discurso que podemos caracterizar como discurso do ódio, somente aqueles que expõem pensamentos preconceituosos e discriminatórios. Se estas manifestações não são ofensivas, discriminatórias ou preconceituosas, não se caracteriza o ódio.

3.1 CONCEITO DE DISCURSO DO ÓDIO

Atualmente os doutrinadores no âmbito nacional, e até mesmo internacional, utilizam o termo “Discurso do Ódio” – uma tradução da expressão “hate speech” – definindo-o como uma manifestação de pensamento nas quais podem ser encontrados elementos que incitam a violência, desprezo ou intolerância, sendo os principais alvos grupos étnicos, religiosos, pessoas com deficiência física ou mental, a definição da orientação sexual, e entre outros, valendo ressaltar que não é porque uma manifestação se encaixa na definição de Discurso de Ódio que ela será permitida, e tampouco proibida. (GABINA, 2015, p. 27-29)

Gabina (2015, p. 32-33) procura deixar claro que existe uma preocupação dos doutrinadores com o termo “discurso do ódio”. Os autores se referem a um discurso específico, que expõem pensamentos preconceituosos e discriminatórios direcionado a determinado grupo de pessoas. Portanto, “o discurso ódio é um conflito entre direitos fundamentais, principalmente liberdade de expressão e igualdade”. (GABINA, 2015, p. 33).

Mas em toda manifestação de ideias que contariam direitos de certos grupos são consideradas discurso de ódio. Se estas manifestações não são ofensivas, discriminatórias ou preconceituosas, não se caracteriza o ódio. O problema de cerceamento de direitos desses grupos serão verificados pelo poder judiciário, mas sem estas manifestações serem enquadradas como discurso de ódio.

Assegurar a liberdade de expressão é garantir um espaço público de debate no qual todas as opiniões, por mais diversas e antagônicas que sejam, sobre todos os temas políticos, sociais, econômicos, religiosos, entre outros, são levadas em consideração, isso é importante para a consolidação e aprimoramento da democracia. (MEYER-PFLYG, 2009, p. 222-223).

A liberdade de expressão, bem como sua proteção, garante que tenhamos um pluralismo de opiniões, e propicia um debate de ideias, fazendo com que a sociedade tenha uma consciência robustecida e uma democracia mais solidificada. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 223; 225-226).

Segundo Vaneigem (2004 apud MEYER-PFLUG, 2009, p. 227) “nada é sagrado”, portanto todo e qualquer indivíduo tem o direito de expressar suas ideias e opiniões independentemente do conteúdo.

Expõe Daniel Sarmiento (2003 apud JANETE, 2016, p. 193) que “a ligação entre a tolerância e a liberdade de expressão é evidente, já que dita liberdade impõe à sociedade o respeito ao direito de cada um de pensar e expor opiniões que muitas vezes desagradam profundamente a maioria das pessoas”.

Thiago Anastácio Carcará, nos fala que o discurso do ódio tem duas vertentes: uma em que o principal objetivo é incitar a violência, e outra que procura estabelecer o diálogo e buscar conhecimento.

O discurso do ódio, carregado de ideias e de reflexões, teria então duas vertentes perante o livre desenvolvimento da personalidade: não evidenciaria qualquer contribuição para o livre desenvolvimento da personalidade, posto que seu principal objetivo é incitar a violência, provocar máculas, não tendo base para efetivar-se como pensamento necessário e indispensável à formação do indivíduo; a outra vertente é que as ideias exteriorizadas no discurso do ódio, devem ser protegidas pela liberdade de expressão quando exteriorizadas com o fito de estabelecer um diálogo e de buscar o conhecimento, não existindo incitação à violência, não retratando, portanto, o discurso do ódio, mas sim manifestação do pensamento (CARCARÁ, 2013, p.50)

Michele Dourado Pauly (2015, p. 64) afirma que, sendo a liberdade de expressão um dos pilares da democracia, violá-lo por meio do abuso desse direito seria incoerência.

No entanto, existe no ordenamento jurídico algumas limitações a essa liberdade de expressão com viés de ódio, como, por exemplo, o artigo 286 e 287 do Código Penal Brasileiro.

Art. 286 do Código Penal - Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Art. 287 do Código Penal - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa. (BRASIL, 2017)

Podemos encontrar limitação à liberdade de expressão de cunho odioso também na lei que define crime de racismo (Lei 7.716) no seu artigo 20.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Esses artigos são alguns exemplos de limitações ou restrições à liberdade de expressão que caracteriza o discurso do ódio, visto que, segundo Brugger (2007 apud OLIVEIRA, 2014, p. 176), “de modo geral, nem o direito constitucional moderno nem o direito internacional permite ou proíbe o discurso do ódio de maneira consistente”.

Há os que defendem a criminalização do discurso do ódio, sendo o tema central do debate a interferência do Estado nesta questão, ou seja, até que ponto poderá o Estado intervir para impedir a ocorrência de discursos caracterizados como tal. Quem tem opinião diferente, defende que a individualidade não pode sofrer interferência Estatal. (OLIVEIRA, 2014, p. 176).

3.2 DE QUAL FORMA ENCONTRAMOS E PERCEBEMOS O DISCURSO DO ÓDIO

Ao longo dos anos, corriqueiramente percebemos pessoas simples, ou até mesmo pessoas intelectuais, com acesso a altos graus de escolaridade, adotando atitudes e exprimindo falas preconceituosas, discriminatórias, constituindo-se expressões de liberdade carregadas de um discurso odioso.

John Locke (1973 apud SILVEIRA, 2007, p. 26), filósofo inglês que foi um entusiasta defensor da liberdade, fez a seguinte declaração: “Os que negam a existência de Deus não devem ser de modo algum tolerados”. Sendo ele um filósofo respeitado, essa sua frase pode ter influenciado condutas de outras pessoas contra as pessoas ateias. Podemos perceber nesta frase um discurso de ódio, visto que a liberdade defendida por Locke não se restringia aos religiosos, mas também estendem aos ateus. Bobbio (2002 apud SILVEIRA, 2007, p. 26) assim declara: “Na liberdade religiosa está contida a liberdade de não ter religião alguma. Em poucas palavras, a tolerância inclui também os ateus”.

Voltaire, um dos homens mais notáveis do movimento iluminista, como não poderia deixar de ser, apresenta a razão como o meio capaz de evitar que o ser humano pratique atitudes intolerantes e fanáticas, assim dizendo:

O grande meio de diminuir o número de maníacos, é submeter essa doença de espírito ao regime da razão, que esclarece lenta, mas infalivelmente os homens. Essa razão é suave, humana, inspira a indulgência, abafa a discórdia, fortalece a virtude, torna agradável a obediência às leis, mais ainda do que a força é capaz (VOLTAIRE, 2000 apud SILVEIRA, 2007, p.28).

Mesmo sendo um entusiasta da liberdade, Voltaire fez colocações que naquela época já davam a ideia de limites a essa liberdade. Afirmava ele:

Cada cidadão só poderá acreditar em sua razão e pensar o que esta razão esclarecida ou enganada lhe ditar? Exatamente, conquanto que ele não perturbe a ordem, pois não depende do homem acreditar ou não acreditar, mas depende dele respeitar os costumes de sua pátria (VOLTAIRE, 2004 apud SILVEIRA, 2007, p. 29).

Um dos meios mais utilizados para a difusão de ideias e de formação de opinião é a liberdade de imprensa. A utilização de mídias digitais ou impressas disseminam conceitos, teorias, críticas ou elogios que podem servir para crescimento intelectual ou tomar o caminho contrário, de humilhação, discriminação, alienando as pessoas e incitando o ódio.

Poder-se-ia questionar a respeito da ausência de liberdade de expressão plena, devido à falta de condições materiais que impossibilita grande número de pessoas de participarem plenamente do debate público, ou a respeito do direcionamento deste debate pela imprensa. Ao mesmo tempo em que não é respeitável a existência de um discurso discriminatório, por outro lado é plausível dizer que a imprensa coloca grande quantidade de material que implicitamente reforça o estereótipo racial. Ainda, a censura de

opiniões impopulares e politicamente incorretas deve ser combatida, pois institucionaliza a ilegalidade (SILVEIRA, 2007, p. 34).

Na Rússia, segundo Silveira (2007, p. 35), os bolcheviques que juntamente com Lenin assumiram o governo, teriam adotado condutas contra seu povo. O governo Russo da época se utilizava da imprensa para construir a sociedade comunista. Eric Hobsbawn (1995 apud SILVEIRA, 2007, p. 35) destaca, entre os revolucionários bolcheviques, o intuito de se perpetuarem no poder por meio da eliminação de opiniões contrárias às de seu movimento.

Este quadro baseava-se em uma pré-compreensão ideológica hostil à existência de uma esfera de discussão democrática, ensejando alto custo à liberdade de expressão, pois a verdade conclamada era a verdade do partido comunista, centralizada e unilateral, subtraída a qualquer discussão crítica ou possibilidade de refutação (SILVEIRA, 2007, p. 35 e 36).

Essa ideologia que começou a ser aplicada pela então União Soviética permeou outros países durante o século XX, que adotaram regimes comunistas e socialistas (SILVEIRA, 2007, p. 36), permanecendo alguns deles até hoje, como China, Coreia do Norte e Cuba.

Outro regime totalitário que surgiu no século XX foi o Nazismo, onde a liberdade de expressão não era assegurada, e se disseminava o ódio. Judeus, considerados pessoas inferiores à raça ariana eram exterminados nos campos de concentração.

No modo de pensar de Hanna Arendt (2004 apud SILVEIRA, 2007, p. 37), o que mais lhe perturbava era que:

[...] neste período é o modo como era tratada a questão constitucional. Oficialmente, a Constituição de Weimar não foi abolida, mas era desrespeitada a todo o momento, prevalecendo um permanente estado de ilegalidade, principalmente depois da promulgação das Leis de Nuremberg que baniam os judeus de todos os aspectos da vida social.

Com relação ao direitos individuais da época, Arendt (2004 apud SILVEIRA, 2007, p. 37) assim se manifesta:

O primeiro passo essencial no caminho do domínio total é matar a pessoa jurídica do homem. Por um lado isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei e quando o mundo não-totalitário foi forçado, por causa da desnacionalização maciça, a aceitá-los como os fora da lei; logo a seguir criaram-se os campos de

concentração fora do sistema penal normal, no qual um crime definível acarreta uma pena previsível.

O discurso do ódio quando manifestado busca uma dominação sobre o outro, é um discurso de alguém que se sente superior, e vê no outro uma ameaça ao poder que imagina ter. Este tipo de discurso não está relacionado ao grau de intelecto da pessoa, independe se são pessoas instruídas ou analfabetas. O discurso é carregado de sentimento de ódio, que pode surgir da própria pessoa, ou pode ser adquirido pelo que a pessoas vê, ou ouve.

Como consequência disso, os grupos alvos do discurso de ódio, podem ter seus direitos restringidos, como liberdade e a vida, evidenciados nos regimes implantados por Hitler na Alemanha e Lenin na União Soviética, atual Rússia.

O discurso de ódio sempre é carregado de preconceito e discriminação, buscando colocar o outro num patamar inferior.

3.3 EFEITOS DO DISCURSO DO ÓDIO

Já se pode observar acima que a liberdade de expressão é um princípio fundamental, uma garantia da livre manifestação pensamento. Ninguém pode ser privado do direito de se expressar, seja através da música, livros, jornais, programas de televisão ou até mesmo em praça pública com sua própria voz verbalizar seus pensamentos. Mas, como se pôde perceber, a manifestação da liberdade pode ter como consequência o preconceito, discriminação ou racismo, caracterizando assim o discurso do ódio (GABINA, 2015, p. 9-10).

A discriminação é um ato que começa a ser gestado na mente, iniciando com uma imagem negativa da vítima, fazendo com que o ato discriminatório permaneça. Ou seja, o agressor sempre que vir a vítima, irá discriminá-la, pois essa imagem negativa já está estabelecida em sua mente, utilizando para isso parâmetros existentes no meio social em que vive. Melhor falando, a pessoa discriminada não se adequa aos moldes idealizados pelo agressor. (BORNIA, 2007, p. 66-67). “Sendo assim, a discriminação pode assumir tonalidade racial, como outro aspecto, dentre eles de ordem sexual, social, econômica, religiosa” (BORNIA, 2007, p. 67).

Assim diz Zilá Bernd (1994 apud BORNIA, 2007, p. 68) sobre preconceito:

Entende-se por preconceito o conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; julgamento ou opinião formada sem levar em conta os fatos que o contestam. Trata-se de um prejulgamento, isto é, algo já previamente julgado.

Assim, o indivíduo preconceituoso não se abre a novas perspectivas, novos conceitos, permanecendo firme em suas convicções (BORNIA, 2007, p. 68).

Já com relação ao racismo, Zilá Bernd (1994 apud BORNIA, 2007, p. 70) nos diz que: “(...) racismo é entendido como a teoria que sustenta a superioridade de certas raças em relação a outras, preconizando ou não a segregação racial ou até mesmo a extinção de determinadas minorias”. Essa teoria conduz o agressor a pensar que sua raça, imaginando ele ser superior, deve ser perpetuada e dominante sobre as outras (BORINA, 2007, p. 70).

Pacheco (1983 apud BORINA, 2007, p. 72) reflete sobre o que foi dito acima:

A variabilidade que caracteriza a espécie humana é fascinante, de maneira que as diferenças, longe de serem utilizadas como pretexto para justificar nossos preconceitos, deverão tornar-se motivos de interesse e maior compreensão.

Kelman (1987 apud GABINA, 2015, p. 35-36) aponta que a doutrina e a jurisprudência tem a tendência de colocar o discurso do ódio como simplesmente um conflito de princípios constitucionais, deixando à margem fatores sociais, culturais e históricos, analisando o tema sem a profundidade que deveria merecer. Continua ainda dizendo Kelman que, segundo o Critical Legal Studies, “o sistema jurídico está filosoficamente comprometido de maneira simultânea com normas contraditórias, sendo que cada uma dita o resultado oposto em qualquer caso”, isso porque há uma indeterminação do direito.

Trubek (1984 apud GABINA, 2015, p. 36-37), faz uma reflexão sobre essa problemática, assim afirmando:

A crítica à ordem jurídica apresenta um desafio aos estudiosos. Se a lei é indeterminada, todo estudo acerca do significado da norma se torna uma defesa de pontos de vista, ao invés de ser uma atividade ‘neutra’ ou ‘científica’. Se não há uma forma distinta de argumentação jurídica, a argumentação doutrinária acerca da lei se funde em um debate político e ideológico. Se o material jurídico é, por natureza, contraditório, então a argumentação jurídica não pode encontrar fundamentos apenas neste material. Supondo que bons advogados estivessem limitados apenas ao material jurídico, todos os processos e debates acadêmicos terminariam em

empate. E se o direito é marginal, qualquer arranjo normativo que vise a governar a vida social deve ser avaliado de modo extralegal, ou, pelo menos, 'à sombra da lei'. Ainda, sendo o direito indeterminado, contraditório, e parte de um debate político e ideológico, o direito em si mesmo não é nada mais que uma obscura e vaga fonte de guia normativo. O direito é, ele próprio, uma sombra.

A simples proibição do discurso do ódio por si só não é capaz de evitar o dano causado a dignidade da pessoa humana. Existem variadas formas de expressar o pensamento dificultando a sua contenção. (CARCARÁ, 2013, p. 54) Isso não é possível porque a proibição não atinge as causas que dão origem ao discurso do ódio. Para se ter eficiência no combate é preciso conhecer as razões desse discurso (MEYER-PFLUG, 2009, p. 230-231).

O combate ao discurso do ódio se mostra evidente quando se poda a essência dessa espécie de manifestação do pensamento. Para tanto o conhecimento das ideias odiosas se faz necessário, mas, por outro lado, a difusão de uma ideia odiosa pode ocasionar equívocos que culminariam em um pleno atentado a dignidade humana dos indivíduos pertencentes ao grupo atingido por determinado tipo de ideia odiosa. Devendo sempre ser lembrado que o discurso do ódio, sempre dotado de furor, impossibilita qualquer tipo de diálogo. (CARCARÁ, 2013, p. 54)

Sarmiento (2010 apud CARCARÁ, 2013, p. 55) diz que o *hate speech* inviabiliza o debate de ideias devido ao fato de que esse discurso se aproxima de ataque ao outro, podendo gerar na vítima dois comportamentos: revidar com a mesma violência, ou se retirar da discussão.

Portanto, poder-se-ia evidenciar que o discurso do ódio tem o viés de impedir a manifestação do pensamento do grupo atingido. Ocorre que não há no discurso do ódio qualquer forma jurídica que restrinja a manifestação do pensamento de qualquer outro indivíduo (CARCARÁ, 2013, p. 55).

Não há restrições ao discurso do ódio por ser ele, fruto da liberdade de expressão, e como vimos, a liberdade de expressão é plenamente garantida, sem que se tenha restrições ou censura prévia.

4 ANÁLISE DO CASO DE HABEAS CORPUS JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nº 82.424-2/RS

O referido Habeas Corpus diz respeito a publicação de livros de caráter antissemita, caracterizando assim o crime de racismo. sendo que o paciente absolvido em primeira instância e condenado em segunda instância, o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal. Sendo que por oito votos a três a decisão de segunda instância foi mantida.

Neste capítulo faremos a análise do Habeas Corpus nº 82.424, refletindo sobre cada um dos votos dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal.

4.1 NARRATIVA DA TRAJETÓRIA DO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS

Siegried Ellwanger era sócio de uma editora chamada Revisão Editora Ltda., e também tinha como atributos escrever livros. Suas obras tinham sempre um conteúdo anti-semita. Uma de suas obras publicadas tinha como título “Holocausto, judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século”. Segundo relatado pelo Supremo Tribunal Federal, suas obras buscavam alterar os fatos históricos como o holocausto, ao mesmo tempo em que disseminava ideias racistas.

Devido a estas publicações, em 14/11/1991 Siegried Ellwanger foi denunciado por crime de racismo. Sendo julgado em primeira instância, foi absolvido. Já em segunda instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou o autor literário por preconceito e discriminação contra as pessoas judias, com base o artigo 20 da Lei 7.716/1989, que diz: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional; Pena: reclusão de um a três anos e multa”, de modo que a pena aplicada pelo Tribunal ao réu foi de dois anos de reclusão.

Sendo assim, foi impetrado Habeas Corpus número 82.424-2/RS junto ao Tribunal Superior de Justiça, mas foi indeferido. Não estando satisfeito, foi impetrado um outro Habeas Corpus, agora no Supremo Tribunal Federal. O relator do processo foi o Ministro Moreira Alves, que por maioria de votos, negou o Habeas Corpus. O cerne do Habeas Corpus era saber se o crime de racismo se estenderia aos judeus.

Votaram a favor do Habeas Corpus, o Ministro relator, o Ministro Carlos Aires Brito e o Ministro Marco Aurélio. Votaram contra o Habeas Corpus, o Ministro Maurício Corrêa, o Ministro Celso de Mello, o Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Carlos Veloso, o Ministro Nelson Jobim, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Cezar Peluso, o Ministro Sepúlveda Pertence.

4.2 ENTENDIMENTO DOS MINISTROS FAVORÁVEIS AO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS

Em seus votos os Ministros fizeram uma leitura restrita ao termo racismo, o condicionado apenas a raça, a cor da pele. Assim, não considerando o povo judeu como uma raça, votaram favoráveis ao Habeas Corpus. Também manifestaram que o simples fato de comercializar os livros, não caracteriza discriminação ou preconceito, pois os livros estão condicionados a vontade, ao arbítrio de quem vai adquiri-lo, sendo assim apenas uma manifestação da liberdade de expressão.

4.2.1 Ministro Moreira Alves (Restrição a ideia de racismo)

O relator proferiu seu voto em favor do paciente, por entender que judeu não é raça, não se justificando assim a condenação. Disse que, por mais extenso que seja, o crime de racismo não alcança algumas condutas como, discriminação com relação a sexo ou faixa etária, e discriminação a grupos religiosos, ao qual os judeus se enquadram, citando o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal que diz: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Pareceu-lhe mais adequado restringir a ideia de raça para que a tipificação penal e o atributo da imprescritibilidade não se tornassem abrangente, justificando que Constituição Federal não conceitua o racismo.

Para o relator, o que se discute no Habeas Corpus é a questão da imprescritibilidade, e não, a liberdade de expressão, pois em sua concepção não houve crime de racismo praticado pelo paciente. Referente a isto salientou que não

existe nenhuma convenção internacional que considere imprescritível o crime de racismo.

Diante disto, o Ministro Moreira Alves votou em favor do deferimento do Habeas Corpus.

4.2.2 Ministro Carlos Ayres Brito (O gozo do direito)

Em seu voto, o Ministro Carlos Ayres Brito se manifesta dizendo que é possível que a vontade individual possa escorregar para uma prática abusiva. Mas que não seja pelo receio do abuso que se irá proibir o gozo dos direitos e garantias que mais resplandece o valor da liberdade.

Continua o Ministro dizendo que, por mais que o paciente tenha editado e reeditado livros próprio e alheios, comercializando os mesmos, isto em nada caracteriza crime de racismo. Pois a comercialização é parte da liberdade empresarial, fundamento da República e da Ordem Econômica Brasileira. Justifica ele que, a proibição da venda de livros não constava na Lei nº 8.081/1990, lei esta que estabelece os crimes de discriminação, preconceito e racismo, somente com a Lei nº 9.459/1997 é que se regulamentou a comercialização de produtos, mas que no entender do Ministro Carlos Ayres Brito, não se aplica ao caso presente. Assim diz o parágrafo primeiro da Lei 9.459/1997:

Lei 9.459/1997, § 1º - Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
(BRASIL, 2015)

Segundo o Ministro Ayres Brito, a Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de expressão (de ideias, artísticas, intelectual, científica...). Mas, se esta liberdade for utilizada por um individuo de maneira abusiva, ou que por ventura cause dano a terceiro, o mesmo responderá pelos abusos que praticar e danos que causar.

Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia da vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo

são questões que somente a posteriori se colocam. E para combate-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do artigo 5º, segundo o qual é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; b) o inciso X do mesmo artigo 5º, a saber: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Diz ainda o Ministro que, não será pela possibilidade de dano a terceiro, ou o uso indevido da liberdade, que se irá proibir a liberdade de expressão. Segundo ele, sua busca é analisar a conduta do paciente para assim verificar se houve abuso da liberdade de expressão ou não, se o mesmo ultrapassou os limites jurídicos da autonomia da vontade tendo como consequência a discriminação do povo judeu.

De acordo com a leitura que fez, diz o Ministro que o livro publicado pelo paciente “Holocausto judeu ou alemão? – nos bastidores da mentira do século”, é resultado de, uma pesquisa histórica, que apresenta fatos desconhecidos da maioria, cabendo ao leitor fazer sua escolha, se concorda com o que está escrito ou não. Falando ainda sobre o livro diz ele, que o centro do livro são os fatos ocorridos na segunda guerra mundial, entres os anos de 1939 a 1945. Tendo um claro objetivo de restaurar a imagem do povo alemão. Retratando também o livro as baixas humanas, os prejuízos materiais sofridos pela Alemanha. Procura o paciente no livro demonstrar que a história da segunda guerra foi contada somente pelos vencedores, e que o livro escrito por ele mostra um outro ponto de vista. Diante disso o Ministro Carlos Ayres Brito assim se manifesta:

Sucedee que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderam a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos de República Federativa do Brasil (inciso V do artigo 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do artigo 5º)

Traz ele também, como fundamento jurídico, o artigo 27, incisos I e IX da Lei 5.250/1967, a Lei de Imprensa:

Artigo 27 da Lei 5.250/1967 – Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I – a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

IX – a exposição de doutrina ou ideia.

(BRASIL, 2015)

Continuando o voto, diz o Ministro que não se pode proibir o paciente de defender o Estado e o povo Alemão, mas é preciso observar em que contexto o paciente o faz. O autor do livro, o referido paciente no presente Habeas corpus, em nenhum momento falou de arianismo, nem superioridade racial alemã, e nem de inferioridade racial judaica, também não se encontrando em seus escritos justificativa ou apoio ao holocausto. Na concepção do paciente, autor do livro, quem sofreu o holocausto, e dizimação humana, foram os alemães. Ao invés de humilhar os judeus, o paciente acusa os judeus de um complexo de superioridade, por se condiderar o povo eleito de Deus, com pretensões de dominar o mundo. Diante disso assim expõe o Ministro Carlos Ayres Brito:

No rigor dos conceitos, então, é praticamente impossível etiquetar a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele, preconceituoso é o Sionismo. Ele, Sionismo, é que propugna pelo fechamento de espaços à livre ocupação dos outros povos. Embaraçando a auto-afirmação coletiva alienígena. Quer dizer, o que incomoda e até mesmo humilha é o ar de superioridade, arrogância e intolerância judaico-sionista.

Concluindo seu voto, o Ministro salienta que o paciente fez uso da liberdade de expressão para publicar e comercializar não somente os seus livros, mas também outros autores, para com isso consolidar uma convicção política, ou uma convicção político-ideológica.

Ante o exposto, o Ministro Carlos Ayres Brito deferiu o Habeas Corpus entendendo que o paciente não incorreu no crime de racismo.

4.2.3 Ministro Marco Aurélio Mello (Redução da democracia)

Em seu voto, o Ministro começa dizendo que o caso em tela é um problema de Direito Constitucional profundo e complexo. Um conflito entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Diante disso é preciso ponderar os valores para que se possa julgar com mais clareza, qual princípio deverá prevalecer, conduzindo a uma limitação da liberdade de expressão ou não.

Dando continuidade ao voto, afirma o Ministro que, a constituição de 1988 fez um resgate das bases do Estado Democrático de Direito, através dos princípios fundamentais. Sendo que a eficácia plena desses direitos fundamentais é condição essencial para o fomento da democracia. Assim diz o Ministro Marco Aurélio Mello:

Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação – o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático – e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Para o Ministro, o direito fundamental da liberdade de expressão é de fundamental relevância, em suas formas variadas, como: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. Continua ele dizendo que, esse direito fundamental faz com que opiniões diversas sejam externalizadas sem receio algum, podendo até mesmo contrariar o próprio Estado. Diz o Ministro: “É assim que se constrói uma sociedade uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas”.

O Ministro Marco Aurélio Mello continua seu voto dizendo que, quando o direito individual de livremente manifestar ideias e opiniões é protegido, por mais absurdas que sejam, protege-se também, a liberdade de qualquer pessoa expressar suas opiniões, mesmo que estas opiniões afrontem o pensamento majoritário ou oficial. Diz o Ministro:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Segundo o Ministro, a liberdade de expressão garante que tenhamos uma diversidade de opiniões, sendo que os beneficiários dessa garantia são a sociedade civil e política. Se a liberdade de expressão for reduzida para um aspecto individualista, acabará com isso acarretando em uma limitação da democracia. “A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quando à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido”. Ante o exposto, o Ministro diz que:

[...] estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “vamos

expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento.

Continuando, o Ministro diz que, o paciente fazendo uso da liberdade de expressão intelectual, apenas se limitou a escrever e difundir o fato histórico ocorrido segundo o seu ponto de vista, utilizando para isto, métodos científicos, estando ele amparado pelo artigo 5º, incisos, IV, VIII e XIII da Constituição Federal. Para o Ministro, limitar a liberdade de expressão com base em expectativas abstratas e receios pessoais, parece um tanto perigoso.

Sendo assim, segundo o Ministro, pelo fato de os direitos fundamentais não possuírem caráter absoluto, faz com que tenhamos colisão entre princípios, quando isso ocorre, é preciso ponderar os valores que se apresentam, para poder definir qual direito prevalecerá.

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento.

Portanto, após toda a análise feita, o Ministro Marco Aurélio Mello, expõe que, mesmo os livros publicados pelos paciente, defenderem uma ideia que diante do pensamento majoritária cause repúdio, não encontrou ali argumentos que induzam no leitor ao preconceito odioso. Diz o Ministro: “[...] a defesa de uma ideologia não é crime e, por isso, não pode ser apenada”. Desse modo, o voto do Ministro Marco Aurélio Mello foi favorável ao Habeas Corpus.

4.3 ENTENDIMENTO DOS MINISTROS NÃO FAVORÁVEIS AO HABEAS CORPUS nº 82.424-2/RS

Os Ministros consideraram que o crime de racismo não se restringe apenas a cor da pele. Em seus votos ressaltam a importância para a humanidade a Declaração dos Direitos Humanos, onde o princípio da Dignidade da pessoa humana deve sempre ser preservado.

4.3.1 Ministro Maurício Corrêa (Não é assegurado o direito a incitação do racismo)

O Ministro Maurício Corrêa começou falando que não há dúvidas de que judeu não é raça. Discorrendo sobre a trajetória do povo judeu durante os milênios, recordou os percalços enfrentados por eles. Contou um resumo da história desde os tempos de Abraão, quando saiu da cidade de Ur em direção a terra prometida. Abraão teve dois filhos. Ismael, que teve com empregada Agar, com o consentimento de sua esposa, pois pensava que jamais engravidaria, cuja descendência deu origem ao Islamismo. E Isaac, que teve com sua esposa Sara, apesar da incredulidade dela, cuja descendência originou o povo judeu.

O povo judeu sempre foi marcado pelo sofrimento. A história desse povo relata muitos conflitos, como por exemplo, a luta entre Davi e Golias, o povo mantido como escravo no Egito, e chegando até a era cristã. A partir da era Cristã, surgindo de uma situação discriminatória, criou-se o substantivo judiação, uma alusão a uma pessoa que sofre na mão de alguém. Isso porque os judeus teriam judiado de Jesus Cristo.

Já nos tempos mais próximos a nós, aconteceu um dos momentos mais terríveis, foi durante o período Nazista, quando seis milhões de judeus foram mortos, sendo exterminados nos campos de concentração, usados como cobaias humanas em experiência científicas injustificáveis, deixando como legado a este povo, memórias e marcas inapagáveis de muito sofrimento, aflições e dor.

Ante o exposto, o Ministro faz as seguintes indagações:

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei, só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

E pergunta também, se todos os constituintes votaram tão somente tendo como alvo os negros, ou poderia os casos de discriminação contra ter uma maior amplitude, alcançando outros seguimentos da sociedade?

Será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preconceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa

discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou deco ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Diz o Ministro Maurício Corrêa que o mundo causou ao judeus traumas e sofrimentos, e que pelo menos in memoriam a humanidade deveria lhes fazer justiça.

Continua sua argumentação, dizendo claro que a questão é referente ao termo racismo, um crime inafiançável e imprescritível, como expresso no texto constitucional. mas que não se pode entender raça como uma simples expressão biológica.

Nessa ordem de ideias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG).

Segundo o Ministro Maurício Corrêa, não existem bases científicas que sustentem que grupos raciais são superiores ou inferiores. O que os estudos científicos mostram é que, mesmo com a diversidade de indivíduos, conforme suas características, existe apenas uma única raça, a raça humana. O conceito utilizado antigamente, de separar a humanidade por raças, considerando uma superiores a outras, serviu como base para as guerras, cuja as ações visavam impor a supremacia de um povo sobre o outro, exemplo disso é o holocausto, que considerava o povo judeu uma sub-raça frente a supremacia da raça ariana. Ainda diz o Ministro:

Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Nos dias de hoje, diz o Ministro, a divisão do seres humanos por raças distintas, é consequência de uma concepção histórica, política e social, e são essa

circunstâncias sociais e não as biológicas que devem ser consideradas na aplicação do direito. Sendo que, “[...] se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, consequência lógica da ausência de raças”.

Para o Ministro, o combate ao racismo é inspirado no princípio da igualdade, princípio este, fundamental para a democracia. E diz ainda, “A previsão de liberdade de expressão não assegura o direito à incitação ao racismo, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”.

Em casos em que ocorrem conflitos de direitos fundamentais, é preciso que se faça uma ponderação para verificar qual direito deve prevalecer, diz o Ministro. Em casos como este, aqui em análise, afirma o Ministro Maurício Corrêa, devem prevalecer os direitos das pessoas atingidas pelas obras editadas pelo paciente, não sendo assim, pode-se colocar em risco a dignidade, a cidadania, a igualdade e até mesmo a vida dessas pessoas. Continua o Ministro:

Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

Chegando ao final de voto, o Ministro Maurício Corrêa diz que, o racismo não pode ser baseado em um conceito simplista de raça, esse conceito apenas revela que grupos humanos pensam estar em um nível superior em relação a outros grupos, justificando com isto, atos de segregação, inferiorização e até mesmo o extermínio de pessoas. Com o avanço da ciência, em relação ao genoma humano, não se sustentam mais as teorias racistas baseadas em conceitos antropológicos que subdividiam a raça humana.

Ante tudo o que foi dito, o Ministro Maurício Corrêa indeferiu o Habeas Corpus.

4.3.2 Ministro Celso de Mello (Dignidade da pessoa humana)

O Ministro Celso de Mello, inicia seu voto, chamando a atenção para o princípio indisponível da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, elemento fundamental da República. E traz a lembrança, o ano de 1933, quando na Alemanha, ascendeu ao poder o Partido Nacional Socialista. Instaurando naquele país um regime totalitário, que desrespeitava os direitos da pessoa humana. Lembrou também do ano de 1943, quando, o Levante do Gueto de Varsóvia, representou o grito de um povo subjugado e em desespero, decorrente de um total desrespeito a pessoa humana por parte do regime Nazista. Também, fez referência a uma encíclica chamada “Pacem in Terris”, de autoria do Papa João XXIII, publicada no ano de 1963, que segundo o ministro, foi um documento de extremo valor, que “[...] denunciou o caráter abominável de qualquer prática fundada na discriminação e no racismo, bem assim no ódio e na intolerância que lhes são inerentes”.

Diante destes fatos, o Ministro ressalta a importância da conquista das liberdades fundamentais, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, no ano de 1948. Destaca o Ministro, o reconhecimento dos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade. Enfatiza o Ministro:

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, por isso mesmo, deve representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa da liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas, que de um lado, visem a afastar, das relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da opressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, banindo, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio e a intolerância, o preconceito e a discriminação que tão profundamente desonram aqueles que os praticam.

Ressalta o Ministro, que o Direito Internacional Público passou a dar mais atenção as questões subjetivas da pessoa humana, as garantias da dignidade. Mas que, a intolerância e a discriminação, continuam sendo um desafio que se oferece à sociedade civil, ao Estado e ao Supremo Tribunal Federal. Diz ainda que, é

imprescindível reagir contra situações de opressão, contra grupos étnicos, nacionais e confessionais. E continua ainda o Ministro:

[...] nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.

Segundo o Ministro Celso de Mello, a noção de racismo, não se restringir a um conceito antropológico ou biológico, deve o conceito ser abrangente, de caráter cultural e sociológico, sendo assim um instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

O Ministro continua seu voto dizendo que, os livros publicados pelo paciente ultrapassam os limites da ciência e pesquisa histórica, sendo um estímulo a intolerância e ao ódio contra o povo judeu. Não podendo assim, ser amparado pelo princípio constitucional da liberdade de expressão, por mais abrangente que seja a manifestação de pensamento, não pode legitimar a incitação ao ódio racial. Diz ainda o Ministro:

[...] cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Tendo-se uma situação em exista o conflito entre direitos fundamentais, afirma o Ministro que, em casos assim, utiliza-se o método da ponderação de bens e valores, devendo o Estado garantir a defesa da dignidade da pessoa humana, e combater qualquer comportamento discriminatórios baseados em ódio racial.

Concluindo seu voto, o Ministro expõe:

[...] não posso aceitar a tese exposta na impetração, pois admiti-la significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade.

Sendo assim, o Ministro Celso de Mello manifesta seu voto indeferindo o pedido de Habeas Corpus.

4.3.3 Ministro Gilmar Mendes (Liberdade de expressão não tem primazia)

O Ministro Gilmar Mendes, ressalta em seu voto, os compromissos firmados pelo Brasil através dos diversos instrumentos internacionais, no combate ao racismo em todas as suas formas, inclusive o antissemitismo. Afirmando o Ministro que, o racismo não pode ser conceituado simplesmente por um referencial de raça.

Continua o Ministro com a seguinte indagação: se as manifestações antissemitas são consideradas racismo, como unir estas manifestações com a liberdade de expressão? Para o Ministro, a liberdade de expressão constitui pedra angular do sistema democrático, e efetivo instrumento de controle do governo, sendo essencial para a formação da consciência popular. Mas, reconhece o Ministro, que, o exercício da liberdade de expressão, pode objetivar a discriminação racial, comprometendo assim o sistema democrático. Sendo assim, para o Ministro é plenamente possível um livro ser instrumento de discriminação racial.

Ressalta o Ministro Gilmar Mendes que, a liberdade de expressão, não pode ter primazia absoluta, em face de outros valores como, igualdade e dignidade da pessoa humana. Segundo o Ministro, para poder então, estabelecer um limite ou uma proibição do excesso, utiliza-se o princípio da proporcionalidade. E diz ainda:

Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, [...].

Neste contexto, analisando o caso em tela, assevera o Ministro que, as obras publicadas pelo paciente, não se tratam de meras revisões históricas, mas sim, de divulgação de ideias que reiteradamente incitam o ódio e a violência contra o povo judeu. Sendo assim, o Ministro reconheceu que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não violou o princípio da proporcionalidade.

Posto isto, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi no sentido de indeferir o Habeas Corpus.

4.3.4 Ministro Carlos Veloso (Livros como panfletagem)

Segundo o Ministro Carlos Veloso, a Constituição brasileira de 1988, está inserida no contexto da internacionalização dos direitos humanos, que teve seu início no ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ressalta o Ministro que, “a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais”. Sendo um dos principais fundamentos, o que está expresso no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Continua o Ministro, afirmando que:

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que de embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos ciganos, etc.

O Ministro continua, dizendo que, a descoberta do genoma, demonstra que não podemos separar as pessoas por raças distintas, todos nós fazemos parte de uma única raça, a raça humana. Embora, culturalmente e sociologicamente, possa haver essa separação de grupos humanos. Assevera o Ministro que, é justamente esta discriminação, esta segregação que caracteriza o racismo. Segundo o Ministro Carlos Veloso, “[...] racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo da cor da sua pele ou de sua religião”. Acentua o Ministro que, a Constituição Federal, em seus artigos, 5º, inciso XLII e 4º, inciso VIII, não tolera o racismo e expressa seu repúdio.

Continuando seu voto, o Ministro reconhece que, no caso em tela, as publicações realizadas pelo paciente, não se comportam como obras científicas, mas adquirem características de panfletagem que estimulam o ódio e a intolerância contra os judeus.

Destaca o Ministro que, a Constituição, nos artigo 5º, incisos IV e IX, asseguram o direito a manifestação do pensamento, a expressão da atividade intelectual e artística. Mas não sendo um princípio absoluto, a liberdade de expressão não pode servir como escudo para manifestações preconceituosas, que

incitam o ódio, atentando contra a dignidade humana. Afirma o Ministro que, “[...] a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito [...]”

Declara o Ministro Carlos Veloso, não ter dúvidas de que a conduta do paciente implica na prática de racismo, manifestando seu voto no sentido de indeferir o Habeas Corpus.

4.3.5 Ministro Nélson Jobim (A forma de utilização do livro)

Após examinar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Ministro diz que; “a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para que foi utilizada”. Ou seja, a edição do livro não caracteriza prática de racismo, mas, pode ser ele um instrumento de incitação ao ódio, discriminação ou preconceito. Pois, mesmo que o livro seja motivado por fatos históricos, estes fatos podem ser alterados e facilmente manipulados, para que se possa alcançar o verdadeiro objetivo da publicação, que certamente não é de informação, mas sim afrontar a dignidade de um povo.

Afirma o Ministro que:

A norma constitucional não se dirige apenas à discriminação contra o negro, como pode parecer. A raça negra, que inspirou a Emenda CAÓ, foi tomada apenas de forma exemplificativa, tendo em vista as raízes históricas do povo brasileiro, assentada na colonização portuguesa que instituiu a escravidão.

Diz ainda o Ministro, não significando com isso que a norma não protege contra a discriminação outros povos, como alemães, judeus, italianos e entre outros.

Ante os argumentos expostos, o Ministro Nelson Jobim manifesta seu voto no sentido de indeferir o Habeas Corpus, por entender que os judeus, assim como os negros, são protegidos pela lei contra o racismo.

4.3.6 Ministra Ellen Gracie (Publicação de livros e danos a dignidade)

A Ministra inicia seu voto alegando que, após ouvir a manifestação dos votos dos outros ministros, não teria muito o que acrescentar.

Segundo a Ministra, não tem qualquer embasamento a divisão dos seres humanos em raças distintas. Sendo assim o preconceito não pode ser definido por parâmetros científicos, nem biológicos. Afirmar a Ministra que, o preconceito se faz presente quando se menospreza e desrespeita o direito fundamental da igualdade. Na concepção da Ministra as manifestações racistas refletem uma irracionalidade. Diz a Ministra:

Como não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade.

Sendo assim, reconhecendo que o conteúdo dos livros publicados acarretaram danos a dignidade do povo judeu, o voto da Ministra é pelo indeferimento do Habeas Corpus.

4.3.7 Ministro Cezar Peluso (Racismo não pode ser restrito)

O Ministro inicia seu voto afirmando que existe apenas uma raça, a raça humana.

Segundo o Ministro a ideologia racista tem como alvo grupos sociais, sejam eles religiosos, étnicos, ou devido a sua nacionalidade. Diz ainda o Ministro, o papel da Constituição Federal é proteger esse grupo da ideologia racista que vem se repetindo ao longo dos anos, difundindo o preconceito, a discriminação, o ódio, acarretando com isso danos a dignidade da pessoa humana. Para o Ministro, o artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal, que diz: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, é preciso captar a ideia do conceito de raça, para que se possa ter um melhor entendimento da norma Constitucional.

Salienta o Ministro que o termo racismo não deve ser interpretado em sentido restrito, pois estaria assim limitando a proteção a um grupo reduzido de pessoas.

Continuando seu voto, após analisar com cuidado os fatos e fundamentos que constituem o referido Habeas Corpus, o Ministro Cezar Peluso chegou a seguinte conclusão: “[...] o que me basta e convence, no caso, é o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação,

redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica.” Se fosse o paciente um editor casual, ou até mesmo um autor eventual, diz o ministro que entenderia o caso de outra forma. Continua o Ministro, mas, o que a realidade apresenta, é um comportamento sistemático do paciente, com exclusiva intenção de promover e difundir o anti-semitismo. Diante do exposto, assim diz o Ministro: “trata-se, ao meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão”.

Sendo assim o Ministro Cezar Peluzo manifesta seu voto denegando o Habeas Corpus.

4.3.8 Ministro Sepúlveda Pertence (Responsabilização da manifestação do pensamento)

O Ministro Sepúlveda Pertence, inicia seu voto com os seguintes dizeres: “[...] meu voto é vergonhosamente pobre, depois da discussão tão rica a que o caso deu margem e, creio, em boa parte, por minha culpa”.

No entendimento do Ministro um livro pode sim ser veículo para a disseminação de uma ideologia, de discriminação, de ódio e também preconceito antissemita constituindo assim, racismo. Fato este praticado pelo paciente que publicou livros com um nítido proselitismo racista.

Segundo o Ministro, a liberdade de manifestação de pensamento, uma das garantias fundamentais, não isenta quem a pratica da responsabilidade civil ou penal.

Nesse sentido, o Ministro Sepúlveda Pertence, manifesta seu voto no sentido de denegar o Habeas Corpus.

4.4 SOBREPOSIÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CRIME DE RACISMO

A liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, e também por vários institutos internacionais como Tratados e Convenções de Direitos Humanos.

Este princípio fundamental tomou força em nível mundial após o regime totalitário Nazista, que subjugou e exterminou milhões de judeus. A vivência da Segunda Grande Guerra fez com que a humanidade percebesse o grande valor da liberdade e quão valerosa é a dignidade da pessoa humana.

As pessoas então amparadas por princípios constitucionais e internacionais passaram a exercer suas liberdades. A liberdade de expressão, a liberdade artística, a liberdade de imprensa e entre outras liberdades foram se consolidando cada vez mais.

A censura prévia é expressamente vedada, e com isso as pessoas ficam muito mais a vontade e encorajadas a manifestar sua ideias, pensamentos e opiniões. A partir dessa ampla liberdade sem restrição prévia é que pode surgir o crime de racismo, que consiste na externalização de ideologias e pensamentos que colocam um grupo de pessoas em uma condição inferior ao agente do discurso racista.

Como mencionado nos votos dos Ilustríssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o conceito de raça não pode se restringir a cor, porque isso faz com que um restrito grupo de pessoas sejam protegidos. Também a liberdade de expressão, não pode ser fundamento para a livre incitação o ódio.

Portanto, o racismo é um abuso do exercício da liberdade de expressão, mas como podemos observar em cada manifestação dos votos dos Ministros do Supremo, o excesso, o abuso a essa liberdade, que afrontem a dignidade da pessoa humana, devem sofrer as devidas penalidades.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve por objetivo analisar se a liberdade de expressão admite o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo aos ofendidos.

É manifesta a importância da liberdade de expressão para a humanidade. Ainda mais depois de episódios que em nada nos orgulham, como o regime Nazista na Alemanha, e a Ditadura Militar no Brasil.

Hoje, vivemos num Estado Democrático de Direito, que em sua Constituição, e também sendo signatário de Tratados e Convenções, assegura ao seu povo como um princípio fundamental, a liberdade de expressão. Todos, temos o direito de nos expressarmos da forma que bem desejamos. Nos manifestamos através da música, teatro, pinturas, jornais, revistas, televisão, redes sociais, e entre outros. Tudo nos é permitido, se não há expressa vedação por lei.

A repressão não fazendo parte do ordenamento jurídico, mas ao contrário, sendo ela expressamente vedada, nos incentiva a gozar a liberdade de expressão em sua plenitude. E é justamente nesse ponto que a presente monografia buscou refletir, fazendo a seguinte indagação: a liberdade de expressão admite o discurso do ódio como manifestação legítima, ainda que com prejuízo aos ofendidos?

Analisando os escritos de cada autor, percebemos que, o discurso do ódio, é a materialização abusiva da liberdade de expressão. Sendo a liberdade de expressão um princípio fundamental garantido pela Constituição Federal, não pode sofrer restrições, impedimentos, e nem essa liberdade ser reprimida. Com relação ao discurso do ódio, só se tem após sua manifestação, se valendo para isto, da liberdade de expressão. Contudo, ao ser externalizado de alguma forma, o discurso do ódio poderá afrontar um outro princípio, o princípio da dignidade da pessoa humana, que assim como a liberdade de expressão, também é um princípio fundamental, podendo assim sofrer as consequências previstas em lei.

Para resolver este conflito entre princípios fundamentais, utiliza-se a ponderação, que, analisando o caso concreto, possibilitará estabelecer a primazia de um princípio sobre o outro.

O Ministro Carlos Ayres Brito se manifestou em seu voto dizendo que, se está liberdade for utilizada por um indivíduo de maneira abusiva, ou que por ventura

cause dano a terceiro, o mesmo responderá pelos abusos que praticar e danos que causar.

Em resposta, então, à indagação da presente monografia, podemos dizer que o discurso do ódio quando manifestado, ou seja materializado, saindo do campo das ideias, deve ser coibido, assumindo assim suas devidas responsabilidades.

REFERÊNCIAS

Habeas Corpus 82.424 / RS

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

JUNIOR, Caio Prado. **O que é a Liberdade**. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1980.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009

Barcellos, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. Renovar. 2008.

DWORKIN, R. M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999

_____. **JUSTIÇA E TOGA**. 1ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda. 2010.

_____. **A Raposa e o Porco Espinho**. 1ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda. 2014.

.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: UNESP, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação : teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Joel Rufino dos. **O que é Racismo**. 15ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1998.

BORNIA, Josiane Pilau. **Discriminação, Preconceito e Direito Penal**. Curitiba: Juará. 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania: a Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais**. São Paulo: Saraiva. 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVEIRA, Renata Machado da. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. Dissertação de Mestrado. PUC/MG, 2007.

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilveiraRM_1.pdf

GABINA, L. P. **Discurso de ódio e jurisdição constitucional: uma abordagem pragmática**.

http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2255/Disserta%C3%A7ao_Louren%C3%A7o%20Paiva%20Gabina.pdf?sequence=1&isAllowed=y

POTIGUAR, A. L. **Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**.

http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20702/1/2015_AlexLobatoPotiguar.pdf

PAULY, M. D. **O discurso do ódio: a cultura do medo e a influência midiática sobre a (in)efetividade dos direitos fundamentais**.

<http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/cathedra/12-02-2016/000858345.pdf>

OLIVEIRA, M. J. Notas e Reflexões Sobre Direitos Humanos, Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Exigência de Justiça.

<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/45artigo8.pdf>

PRATES, F. C. As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam.

http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-A3XFBS/ppgdireito_franciscocastilhoprates_tesedoutorado.pdf?sequence=1

CARCARA, T. A. Discurso do ódio no Brasil: leitura histórica e compreensão jurídica sob a vigência da Constituição de 1988. encurtador.com.br/lxUV7